

## NEOVIUS AKTUELL

### BESCHAFFUNGSRECHT

### EIGNUNGS- UND ZUSCHLAGSKRITERIEN

### DIE NEUERE RECHTSPRECHUNG IN DEN KANTONEN BASEL-STADT UND BASEL-LANDSCHAFT

von

Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M.  
Partner und Lehrbeauftragter Universität Basel  
(christoph.meyer@neovius.ch)

und

Ilaria Ianieri, MLaw  
(ilaria.ianieri@neovius.ch)

### VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS BASEL-STADT:

*Allgemein zur Formulierung von Eignungskriterien  
(VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016, E. 3.1; VD.2015.133  
vom 8. Dezember 2015, E. 3.2)*

Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Das Ermessen bei der Beurteilung wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekannte Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig.

*Zur Berücksichtigung eines unvollständigen Angebots  
(VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016, E. 3.4.1)*

Die Rekurrentin hatte zum Nachweis ausreichender personeller Ausstattung statt der verlangten Personalliste (mit entsprechenden Zusatzangaben) nur eine Liste mit den unmittelbar am Projekt beteiligten Personen eingereicht. Ihr Angebot wurde deshalb vom Verfahren ausgeschlossen.

Grundsätzlich ist ein unvollständiges Angebot, welches geforderte Eignungsnachweise nicht enthält, nicht zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung würde gegen das Gebot der Gleichbehandlung und der Transparenz im Vergaberecht verstossen.

Das Verwaltungsgericht bezeichnet die vorliegende Unvollständigkeit als mittelschwere Verletzung der vergaberechtlichen Angebotsvorschriften. Da das Gericht den Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen im betreffenden Punkt als unklar qualifiziert, geht es von einem Versehen der Anbieterin aus. Aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen hätte der Rekurrentin im Rahmen der Offertbereinigung deshalb ermöglicht werden müssen, die ausführliche Personalliste noch nachzureichen. Der Ausschluss war nicht gerechtfertigt.

*Zur Zulässigkeit von Subunternehmern (VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015, E. 3)*

Die Rekurrentin wurde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da sie das geforderte Eignungskriterium der Eigenproduktion nicht erfüllte, sondern die offerierte Ware von einem Subunternehmer herstellen liess. Dagegen rekurrierte sie.

Das Verwaltungsgericht hält fest, dass es dem Anbieter grundsätzlich frei steht, die offerierte Leistung durch Dritte bzw. Subunternehmer ausführen zu lassen.

Es steht der Vergabestelle jedoch zu, mit ihrer Ausschreibung diese Freiheit aus zureichenden Gründen einzuschränken bzw. die Weitergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer ganz auszuschliessen. Da das Verwaltungsgericht die von der Vergabestelle vorgebrachten Gründe (direkter ausschliesslicher Kontakt zum Hersteller) für den Ausschluss von Subunternehmen für sachlich und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar qualifiziert, wurde der Ausschluss von Subunternehmern für zulässig erachtet.

*Zu den Anforderungen an den Referenzauftrag (VD.2015.83 vom 28. Juli 2015, E. 2.4)*

Die Rekurrentin wurde vom Verfahren wegen Nichterfüllung des Eignungsnachweises (Leistungsumfang des Referenzobjekts) ausgeschlossen. Die Rekurrentin brachte hervor, dass der geforderte Auftragswert der nachzuweisenden Referenzaufträge richtigerweise in Relation zum jeweiligen Ausführungszeitraum hätte beurteilt werden müssen. Damit könne eine Anbieterin ihre Leistungsfähigkeit auch über Referenzobjekte mit geringerem Leistungsumfang unter Beweis stellen.

Gemäss Verwaltungsgericht kann die Vergabebehörde jedoch davon absehen, den Umfang des verlangten Referenzobjektes in Abhängigkeit zu einem Ausführungszeitraum zu stellen. Eine solche Schematisierung eines Eignungskriteriums verletzt die Rechtsgleichheit nicht.

Ausserdem kann die Tatsache, dass eine Auskunftsperson des nicht akzeptierten Referenzobjektes bestätigt, die Anbieterin könne „ohne wenn und aber“ auch einen grösseren Auftrag ausführen, am Ungenügen des Eignungsnachweises nichts ändern.

*Zur Unterscheidung von Eignungs- und Zuschlagskriterien (VD.2015.3 vom 24. April 2015, E. 3.1)*

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind im Vergabeverfahren im Allgemeinen auseinanderzuhalten, zumal sich Zuschlagskriterien unmittelbar auf die zu erbringende Leistung und die Eignungskriterien auf das anbietende Unternehmen beziehen. Grundsätzlich ist es jedoch zulässig, ein und dasselbe Kriterium sowohl als Eignungsanforderung als auch als Zuschlagskriterium im Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

Das Verwaltungsgericht verneint im vorliegenden Fall jedoch, dass überhaupt eine Doppelprüfung vorliegt. Einerseits wurde vom Anbieter als Gesamtunternehmen der Nachweis über die Umsetzung eines vergleichbaren Referenzobjektes verlangt. Dies ist eine Eignungsanforderung. Zum anderen wurden im Sinne eines Zuschlagskriteriums Referenzen der an diesem Projekt beteiligten Schlüsselpersonen beurteilt. Damit liegt eine Prüfung des im Grundsatz gleichen Kriteriums unter differenzierten Aspekten und keine Doppelprüfung vor.

## **KANTONSGERICHT DES KANTONS BASEL-LANDSCHAFT:**

*Allgemein zur Verbindlichkeit der Zuschlagskriterien und zur Bedeutung der Offertevaluation (KG BL 810 15 252 vom 27. April 2016, E. 4.2, 4.3 und 5.3)*

Die in den Ausschreibungsunterlagen getroffene Festsetzung der massgeblichen Zuschlagskriterien und insbesondere deren Reihenfolge sind für die Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung verbindlich. Dies, auch wenn die Kriterien nicht konkret gewichtet wurden. In diesem Sinne wird auch das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebots eingeschränkt. Die Vergabestelle handelt somit rechtswidrig, wenn sie bei der Beurteilung der Angebote publizierte Kriterien ausser Acht lässt, deren Bedeutungsreihenfolge ändert, eine

andere Gewichtung vornimmt oder zusätzliche Kriterien zur Beurteilung heranzieht.

Die Vergabebehörde hat ihre vergaberechtlichen Entscheide in nachvollziehbarer Weise in einer Offertevaluation zu dokumentieren. Damit wird insbesondere dem Gericht die Überprüfung der Rechtmässigkeit eines konkreten Zuschlags ermöglicht. Das Fehlen einer Offertevaluation und damit das Fehlen einer nachvollziehbaren Bewertung verunmöglicht dem Gericht die Überprüfung der ausschreibungskonformen Beurteilung des Angebots. Der Zuschlagsentscheid wurde deshalb vom Kantonsgericht aufgehoben.

*Zur Eignung der Eingeladenen im Einladungsverfahren (KG BL 810 15 212 vom 30. September 2015, E. 5.5.2 und 5.5.3)*

Die Rekurrentin rügte den im Rahmen eines Einladungsverfahrens erfolgten Zuschlag. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Zuschlagsempfängerin hätte aufgrund fehlender Eignung vom Einladungsverfahren ausgeschlossen werden müssen.

Gemäss Kantonsgericht beschränkt sich der am Einladungsverfahren beteiligte Anbieterkreis auf diejenigen Anbieter, die gemäss Vorentscheid des Auftraggebers fähig und in der Lage sind, den Auftrag rechtzeitig und in geeigneter Weise auszuführen. Mit der Einladung wird folglich die grundsätzliche Eignung der eingeladenen Anbieter vorausgesetzt. Die Anbieter – und damit auch die Zuschlagsempfängerin – müssen sich in der Folge darauf verlassen können, dass im weiteren Vergabeverfahren einzig noch ihr Angebot und nicht nochmals ihre Eignung überprüft wird, zumal auf allfällig eingereichte Eignungsnachweise kein allzu grosses Gewicht zu legen ist.

Für einen Ausschluss der Zuschlagsempfängerin zufolge fehlender Eignung bzw. fehlendem Eignungsnachweis besteht demnach im Einladungsverfahren grundsätzlich kein Raum. Der Zuschlag bewegte sich damit im Ermessen der Vergabestelle und ist entsprechend rechtmässig.

*Zur Auslegung von Zuschlagskriterien (KG BL 810 14 319 vom 21. Januar 2015, E. 5.1 und 5.2)*

Die Vergabestelle setzte in ihrer Ausschreibung neben dem Preis unter anderem auch die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium fest („Lehrlinge“ 5%). Die Rekurrentin rügte, sie erfülle die verlangten Ausbildungsleistungen, was im Vergabeverfahren nicht mit den entsprechenden Punkten honoriert worden sei.

Gemäss Vergabestelle sei das betreffende Zuschlagskriterium dahingehend zu verstehen gewesen, dass die Rekurrentin mindestens eine substantielle eigene Ausbildungsleistung nachzuweisen gehabt hätte. Eine teilweise Partizipation der Rekurrentin an der Ausbildungsleistung eines Subunternehmens (bzw. der Tochter- oder Muttergesellschaft) genüge nicht, um diesen Nachweis erbringen zu können.

Gemäss Kantonsgericht bewegt sich die Vergabebehörde mit dieser Interpretation des Kriteriums „Lehrlinge“ innerhalb der anwendbaren Auslegungskriterien und des ihr zustehenden Ermessensspielraums. Die Beschwerde wurde abgewiesen.